

DE NUEVO SOBRE LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS: ¿SON REALMENTE UNA ALTERNATIVA A LAS “MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN”?*

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

Profesor Titular de Derecho Penal de la
Universidad de Chile

I. Introducción

El paso del siglo XX al XXI en materia penal ha significado una *diversificación* de las consecuencias jurídicas asociadas a la realización de hechos calificados como delitos, específicamente en aquéllos de baja y mediana gravedad, en los cometidos por jóvenes y adolescentes, y en los atribuidos a personas jurídicas, que parece mostrar una cierta insatisfacción frente a la respuesta penal que puede considerarse dominante en la legislación del siglo XIX y buena parte del siglo XX: la pena privativa de libertad.

Varias y bien diferentes son las fuentes en que se origina esta *diversificación* de la respuesta penal:

Por una parte, el movimiento positivista de fines del siglo XIX vino a poner en cuestión la *utilidad social* de imponer penas privativas de libertad sin atender a su capacidad *resocializadora* y, particularmente, sin considerar las especiales características de las personas a quienes se imponían. Famosa al respecto es la frase de von Liszt, donde denuncia que es más probable que un joven que primerizo vuelva a delinquir si cumple una pena de prisión que si no lo hace.

Este movimiento produjo en la legislación europea de la época un cambio que, ya desde principios del siglo XX, ha dominado hasta ahora: la incorporación de medidas y regímenes especiales para los *jóvenes primerizos*, con el objetivo de que no sufran las mismas penas privativas de libertad como consecuencia de sus actos que los adultos y reincidentes, sino ciertas consecuencias especialmente diseñadas para ellos: diversas formas de *probation* y tratamientos individualizados en libertad o, en casos extremos, encierros separados de los adultos con el propósito de lograr su *resocialización*.

En el Derecho penal de adultos, esta crítica a la eficacia de la prisión como mecanismo para reducir la criminalidad se expresó, en primer lugar, en la llamada “*lucha contra las penas cortas de prisión*”, que significó en Alemania la progresiva sustitución

* Versión escrita de la Conferencia ofrecida por su autor en la *Escola Superior da Magistratura* de Porto Alegre (Brasil), el día 5 de junio de 2009, en el marco del programa de *Palestras* organizado por *Universidade Federal do Rio Grande do Sul*.

de éstas por penas de *multa* para los delitos considerados de mediana y baja gravedad, movimiento especialmente favorecido por el progreso económico posterior a la segunda guerra mundial, al punto que hoy en día las penas de multa constituyen la inmensa mayoría de las impuestas por los tribunales alemanes. Por otra parte, la constatación de la existencia de personas que podrían considerarse “peligrosas” por su gran “compromiso delictual”, originó, también en Alemania, el mantenimiento de largas penas de prisión (que pueden llegar al presidio perpetuo) para los delitos “graves”, y la introducción de “*medidas de seguridad postdelictuales*”, que permiten prolongar de manera indefinida la privación de libertad de quienes se consideren un “peligro para la sociedad”, aún después de cumplida una pena de prisión determinada legalmente.

Paralelamente, los movimientos reformadores del régimen de las prisiones en el mundo anglosajón, dieron origen a la transformación de sus funciones, desde un simple lugar de *encierro* y *castigo*, a una institución que se planteaba como objetivo lograr, durante la ejecución de las penas, la *resocialización* de los condenados. Nacieron así ya a principios del siglo XIX los sistemas de cumplimiento “*progresivo*” de las penas, cuyo punto cúlmine fueron los *reformatorios* norteamericanos, donde se ejecutaban penas más o menos indeterminadas cuyo duración se fijaba no por la sentencia condenatoria, sino por los comités técnicos penitenciarios (*parole boards*), que tenían facultades para adecuar su duración según los progresos que el condenado mostraba en su proceso de *resocialización*.

Sin embargo, a pesar de estas importantes transformaciones, a partir de los años 60 del siglo XX las penas de prisión volvieron a sufrir nuevos embates.

Por una parte, se sostenía, otra vez, que éstas no permitían en modo alguno reducir la criminalidad, pues la finalidad “resocializadora” parecía en la práctica “incompatible” con los sistemas carcelarios conocidos hasta el momento, llegándose a afirmar, entre otros por el conocido jurista español Muñoz Conde, que la idea de la “resocialización” no pasaba de ser un “mito”.

En el extremo izquierdo de las ideologías de la época, la llamada *criminología crítica* europea veía las cárceles como una suerte de mecanismo de reproducción del *sistema capitalista* (PAVARINI), o como el *modelo ideal* de una sociedad vigilada y controlada (FOUCAULT). A ellos se sumaban los movimientos abolicionistas escandinavos y holandeses de los años 70 del siglo XX, que proponían “restituir el conflicto a los involucrados”, reemplazando las penas de prisión (y el sistema penal, en general) por un sistema diversificado de reacciones sociales, entregadas a la propia comunidad.

Al mismo tiempo, y desde la otra vereda ideológica, Gary Becker sostenía en 1968 que para valorar adecuadamente el gasto social invertido en las diversas clases de sanciones impuestas para regular la conducta en la vida social, debía volverse la mirada al pensamiento clásico de Beccaria y Bentham, quienes proponían un análisis racional, de corte económico, de la utilidad de las penas impuestas, lo que suponía asumir que la prisión no debía considerarse necesariamente como la pena principal del sistema, pues no necesariamente los costos de imponerla y ejecutarla (incluyendo la “resocialización” de los condenados) permiten reducir el daño social que ocasiona el delito, sino al contrario: lo incrementan, y muchas veces sin provecho alguno para la sociedad. Becker señala, por lo tanto, que si se toma en cuenta el enorme costo social de mantener el sistema penal, las cárceles y su poca efectividad para evitar la reincidencia, la mejor pena posible es la multa, que al menos supone

un reintegro de ciertas cantidades a la comunidad. Sin embargo, para que la multa fuese efectiva, sostenía Becker que ésta debería calcularse de manera más precisa a la que se hacía hasta ese entonces, incluyendo no sólo el daño directo causado por el delito, sino también los gastos de su persecución, la ganancia del infractor y el *plus* que sea necesario para disuadir de la comisión de los delitos, haciendo que su costo para el individuo sea suficiente para exceder las ganancias probables. Sólo en caso de no pago, podría sustituirse la multa por una pena privativa de libertad u otra medida de vigilancia (*probation*), que valorase adecuadamente la equivalencia entre ésta y la pérdida que significaría el tiempo en prisión o vigilancia para el condenado y la sociedad, de manera que el costo del delito y la sanción pueda ser asumido por la sociedad. En este modelo, todas las medidas *resocializadoras* aparecen produciendo un costo menor para la sociedad que el simple encierro sin que el condenado tenga la oportunidad, al volver a la sociedad, de emprender actividades productivas y socialmente útiles.

Por otra parte, también en los Estados Unidos y, sin compartir necesariamente los postulados del *Law & Economics*, la insatisfacción con los resultados *prácticos* de las *parole boards*, cuya escasa capacidad para contribuir *eficazmente* a la disminución del delito se asoció con el aumento de la criminalidad durante las décadas de 1960 a 1980, llevaron al resurgimiento de las ideas de la “certeza” y la “proporcionalidad” de las penas, también presentes en los clásicos anglosajones, particularmente en Bentham. Así, la “gravedad del delito” y no el comportamiento del condenado durante la ejecución de la pena vuelve a considerarse como el principal criterio para distinguir quiénes debían cumplir penas efectivas de prisión y quiénes no, privando a las *parole boards* del enorme poder que hasta entonces tuvieron para determinar la duración de las penas que se cumplían, con base a criterios puramente subjetivos. “Proporcionalidad” significa aquí, entonces, también “verdad en las sentencias” y castigos calculables a partir de las disposiciones legales, sin que las condiciones personales del condenado deban influir decisivamente y, si lo hacen, sólo en los casos fijados por la propia ley. En la práctica, estas ideas dieron origen a los ahora famosos “lineamientos de sentencia” federal y estatales (*Sentences Guidelines*). Y en la teoría, a modelos *proporcionalistas* como el de Wasik y von Hirsch, según los cuales el uso de la prisión debe reducirse sólo a los casos en que el comportamiento delictivo revista una gravedad máxima, restando para aquéllos de gravedad intermedia o baja, sólo la posibilidad de imponer una pena cuya severidad sea proporcional a su gravedad y, en todo caso, diferente e inferior a la de prisión. Así, para el caso de delitos de gravedad “intermedia”, mencionan estos autores como penas únicas aplicables el sistema de *días- multa*, sustituible por una supervisión (“*probation*”) o por una pena de *trabajo comunitario*; y para los delitos de gravedad “baja”, la multa leve y la *amonestación*.

Como ya dijimos, el resultado de todos estos movimientos ha sido la *diversificación* de las sanciones penales para los delitos de mediana y baja gravedad y una suerte de consolidación de la idea de que la *gravedad del delito* es un buen indicador de la *peligrosidad del sujeto*, reservándose para esos casos penas de prisión que tienden a ser cada vez más largas (lo que parece encontrar apoyo en la constatación empírica de que las capacidades y los estímulos para cometer delitos se reducen considerablemente a partir de una edad más bien avanzada).

Y es dentro de esta *diversificación* de las respuestas penales a los delitos de mediana y baja gravedad, que los códigos dictados en el paso del siglo XX al XXI, contemplan, junto

con las penas privativas de libertad y la multa, una serie de sanciones que, bajo el epígrafe de “penas privativas de derechos” afectan el ejercicio o la titularidad de otros derechos diferentes al de la libertad personal y a los patrimoniales.

Sin embargo, estas penas restrictivas de derechos (para ejercer cargos y profesiones y para gozar de ciertos permisos, como el de conducir o realizar ciertos actos mercantiles) no aparecían entre las propuestas de “alternativas a la prisión” en ninguno de los movimientos anteriormente mencionados. Éstas han ido adquiriendo importancia últimamente principalmente como respuesta ante fenómenos sobre los cuales anteriormente no se había puesto suficiente atención.

Por una parte, su presencia en las legislaciones actuales aparece como respuesta ante la *necesidad* de contar con herramientas suficientemente eficaces, proporcionales y disuasivas, frente la delincuencia empresarial, particularmente cuando se trata de diseñar sanciones para las personas jurídicas. Así, han surgido en este ámbito penas especiales de privación de derechos relativos a las capacidades para contratar con el Estado o en determinados ámbitos de la economía, incluyendo, en el extremo, la intervención de las empresas y su disolución.

Y por otra, con el carácter de “medidas de seguridad” ejecutables a continuación de las penas de prisión impuestas, ciertas penas privativas de derechos han resurgido como respuesta ante otro problema actual: la supuesta necesidad de prevenir el peligro que representarían para los menores de edad ciertos comportamientos desviados en materia sexual (particularmente, la *pedofilia* y *pornografía infantil*). Así, entre estas “nuevas” penas que se ejecutan con posterioridad a las de prisión, han reaparecido las privativas de derechos relativos al ejercicio de ciertos cargos, profesiones y oficios en que se tenga la posibilidad de tener contacto con menores de edad, así como determinados derechos civiles y familiares.

Como no podía ser de otra manera en el mundo actual, el Código penal del Brasil no es completamente ajeno a estas tendencias del derecho comparado, aunque con ciertas particularidades especialmente destacables. En efecto, con el nombre de “penas restritivas de direitos”, el Tit. V, Cap. I, Sec. II, contempla tanto las tradicionales penas de inhabilitación para el ejercicio de profesiones y cargos públicos, junto a las “novedosas” “medidas alternativas” de prisión de fin de semana, trabajo en beneficio de la comunidad y reparación pecuniaria. De este modo, mientras, por ejemplo, en España las penas de inhabilitación para la función pública y las privativas de derechos políticos siguen teniendo un carácter *accesorio*, que les dificulta jugar un rol relevante en la reducción del uso de la prisión en delitos de mediana y baja gravedad, en el país precursor de la codificación decimonónica hispanoamericana se ha dejado definitivamente de lado este sistema, previendo uno en que la penas privativas de derechos (la “*interdição temporária de direitos*”) no son accesorias, sino *sustitutivas* de penas de prisión de hasta cuatro años; y, en segundo lugar, mientras en el derecho comparado en general se suele distinguir entre penas privativas de derechos propiamente tales y *medidas alternativas a la prisión* (básicamente, distintas formas de *probation* y *trabajos en beneficio de la comunidad*), el código brasileño las considera todas de la misma naturaleza, imponiendo requisitos comunes para su operatividad. Como estos requisitos incluyen el carácter de *primerizo* del condenado (“no ser reincidente” en delitos dolosos); una limitación a los delitos que no supongan el ejercicio de violencia o grave amenaza a las personas; y la valoración de su “suficiencia”, según la culpabilidad, los antecedentes y la “conducta social y personal” del condenado; ellas parecen dirigidas a personas que se consideren “poco peligrosas” para ser internadas, o “suficientemente”

receptivas al estímulo de la pena (“disuasión”), como para no hacer necesaria una intervención de mayor.

Si quisiéramos explicar esta evolución de las “penas” actualmente disponibles, sin atención a los prejuicios dogmáticos tan comunes entre nosotros, deberíamos partir por constatar que, *en los hechos*, buena parte de los ordenamientos continentales y anglosajones parecen discurrir permanentemente en torno a perfeccionar medidas o sanciones que con la denominación de “penas” pretenden servir de herramientas o instrumentos para el logro de una finalidad que pocas veces logramos ver con claridad, pero que parece ser la única que justifica el gasto social en el sistema penal: la reducción de la criminalidad, creando así verdaderos “espacios de libertad y seguridad” para el florecimiento de actividades socialmente más valiosas.

Desde esta perspectiva, la valoración de las diversas clases de sanciones no está dada por la finalidad del sistema penal en sí mismo considerado, sino por su funcionalidad *instrumental* para contribuir al logro de ese objetivo social. Estas funciones instrumentales de las consecuencias jurídicas que llamamos “penas” y “medidas de seguridad” en el mundo actual, vistas en relación a las diversas clases de infractores, son las siguientes:

a) **incapacitar**, mediante su internamiento en prisión u otros establecimientos cerrados, por tiempos más o menos prolongados, a quienes, como consecuencia de haber cometido un grave delito, se consideran *altamente peligrosos*;

b) **resocializar**, a quienes se consideran *poco peligrosos* para la sociedad y, por lo tanto, se estima que pueden ser *resocializados* con diversas medidas vinculadas tanto al delito cometido como a las características personales de los autores (*probation* en sus diversas variantes para adultos y jóvenes, y, ahora, como “novedad”, los *trabajos en beneficio de la comunidad* –en todo caso, la “novedad” de esta pena es discutible: era lo que proponían Beccaria y Howard, eso sí, en condiciones algo diferentes); y

c) **disuadir** de la comisión del delito a quienes responden a los estímulos que genera el sistema penal (la probabilidad de sufrir una determinada condena) y que no pueden ser *incapacitados* ni *resocializados*, por encontrarse fuera del sistema penal (básicamente, porque aún no han delinquido).

Estas tres funciones son *empíricamente* contrastables y pueden estar presentes simultáneamente en cada “pena” o “medida de seguridad” que se quiera analizar. La utilidad social de cada una de ellas, medida por su contribución a la reducción de la criminalidad (en rigor, de los daños sociales que provoca la criminalidad) es, entonces, una *función* –en el sentido matemático- que resulta de la combinación de estas tres funciones reales de las penas y medidas de seguridad y el gasto que su implementación significa, en relación con los daños sociales que se pretenden evitar (la criminalidad).

Es por ello que no comprendo en estas funciones reales de las diversas sanciones que hoy en día llamamos *penas*, las funciones *metafísicas* que la doctrina alemana suele atribuir con tanto entusiasmo a la pena, desde sus perspectivas idealistas y absolutas (Kant – Hegel – Jakobs), pues estamos hablando de cómo emplear los escasos recursos fiscales para lograr finalidades sociales útiles y no simplemente satisfacer irracionales deseos de venganza o contentarnos con una supuesta explicación de la realidad, que es incapaz de dar cuenta de las

diferencias y evolución recién esbozadas, a menos, claro, que se termine por afirmar que todo lo que no es muerte o prisión no es pena. Y aún si se admitiera este punto de partida *apriorístico*, tampoco resolvemos el dilema de por qué hemos preferido la prisión a la muerte o a otra clase de castigos corporales que inflijan una respuesta “contrafáctica” a la “comunicación fáctica de la negación de la norma” que hace el responsable de un delito. No por negar o ignorar *apriorísticamente* el carácter incapacitador, resocializador y disuasor de las penas privativas de libertad y de las medidas alternativas, éstas serán menos incapacitadoras, resocializadoras y disuasivas, sino porque en su diseño o ejecución *empíricos* no son aptas o son poco aptas para tales funciones.

Pero volvamos ahora al tema de la conferencia y enfrentemos, a la luz de sus capacidades para cumplir con las funciones reales de las penas y medidas de seguridad, las posibilidades que tienen las tradicionales penas privativas de derechos, comprendidas en el art. 47 del CP brasileño bajo la denominación “*interdição temporária de direitos*”, de convertirse en una alternativa “suficiente” a las penas privativas de libertad y a las restantes “alternativas a la prisión” (*probation*, reparación y trabajos en beneficio de la comunidad), en delitos de baja y mediana gravedad. O, al revés, preguntémonos ahora por qué esta clase de sanciones tiene una amplia cabida sólo en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no así en el de las personas naturales, donde aparecen como una suerte de “cenicienta” entre las ahora “populares” medidas sustitutivas relacionadas con formas de *probation*, *trabajos en beneficio de la comunidad* y la ahora “novedosa” “reparación” (“prestación pecuniaria” en el derecho brasileño).

II. Posibilidades y límites de las penas privativas de otros derechos en relación con las funciones reales de las penas, en el derecho brasileño.

1. Prohibiciones para el ejercicio de cargos, funciones o actividades públicas y profesiones que requieran habilitación o permiso especial

Si pensamos en el médico que ejerce de manera negligente su profesión, en el funcionario que se corrompe abusando de su cargo, en el abogado y los jueces que prevarican, parece razonable suponer que los delitos que comenten se vinculan con una suerte de “abuso” o “negligencia” en el uso de una autorización que le otorga el Estado, respaldada por la fe pública de las profesiones titulares y de la propia administración.

Si esto es así, con independencia del carácter moral del responsable, una sanción que lo aleje por un tiempo prolongado o definitivamente de la posibilidad de actuar en los ámbitos de las autorizaciones que se trata, parecería igual de *incapacitadora* que su internamiento en prisión. Es más, puesto que la pena se cumpliría en libertad, ella podría ser incluso mucho más extendida en el tiempo que las penas de cárcel. Por otra parte, en el caso de las profesiones liberales y de los cargos públicos, la ejecución y el cumplimiento de la pena suponen únicamente el costo necesario para mantener Sistemas de Registros eficientes que hagan, en la práctica, “imposible” siquiera la tentativa de burlar la prohibición. Y para los casos en que ello ocurra, el delito de ejercicio ilegal de la profesión debería contemplar sanciones que fueran más allá del aumento del tiempo de inhabilitación correspondiente.

Sin embargo, dado que el valor probable de ganancia futura del ejercicio de una profesión, cargo u oficio en cualquier momento se puede determinar financieramente mediante un cálculo no excesivamente complejo, la imposición de una única pena privativa de derechos en estos casos no desalentaría la comisión de delitos, sino al revés: la facilitaría si las ganancias esperadas son lo suficientemente altas como para correr el riesgo de perder la “posición” que se tiene. Nótese que ni siquiera es necesario que el beneficio esperado por el delito sea igual o superior al del resto de la vida de trabajo (o del tiempo previsto en la pena correspondiente), pues este último valor debe sufrir el “descuento” derivado del bajo riesgo de detección de esta clase de delitos (salvo las negligencias médicas, en general, donde el elevado riesgo de persecución sí podría tener importantes efectos disuasorios).

En el caso de las personas jurídicas, esta “incapacitación” se produciría por la vía de impedirle operar en algún giro o rubro determinado (bancario, seguros, salud, etc.). Sin embargo, al problema recién señalado de la posibilidad de calcular la relación “costo-beneficio” de una determinada operación, lo que permitiría calcular la pérdida probable, se añade uno adicional: con ello no se impediría que los mismos socios formasen otra sociedad para operar ese rubro y así burlar la sanción. O que, tratándose de grupos empresariales, sencillamente las operaciones de la sociedad sancionada pasen a otra. De donde sólo resultaría “efectiva” una “incapacitación” de esta naturaleza si se extiende a todo el grupo de empresas relacionado con la sancionada y a las personas naturales controladoras de todas las empresas así sancionada.

Si con este antecedente volvemos la mirada a las prohibiciones impuestas a las personas naturales, veremos que una prohibición de actividades comerciales y profesionales en un rubro determinado, debería extenderse también a su participación en la propiedad y administración de sociedades que tengan en su giro dicho rubro, pues de otro modo, la prohibición se transformaría en letra muerta.

En el derecho brasileño, según Regis Prado (*Curso*, p. 387), la pena restrictiva de derechos de prohibición para el ejercicio de cargos, funciones o actividades públicas,

“tem sua aplicação particularmente indicada nas hipóteses de violação de dever funcional relativo ao regular desempenho de cargo, função ou atividade pública (dever de lealdade, obediência, conduta ética, etc.) ou mandato eletivo. Assim, os condenados por crime contra a administração pública (Título XI) [...] poderão ter a pena privativa de liberdade imposta, desde que não superior a quatro anos, substituída pela interdição temporária de direitos.”

Lamentablemente, desconozco la práctica jurisprudencial brasileña al respecto, pero, conforme a lo dicho anteriormente, aunque lleva razón Regis Prado en cuanto esta clase de sanciones es aconsejable como sustituto a la prisión en casos en que se incumplen deberes funcionarios puramente formales (como en el abandono, la anticipación y prolongación indebida de funciones); si se siguiesen completamente sus recomendaciones se estaría facilitando, de manera totalmente impensada y no deseada, la corrupción a gran escala de la administración pública brasileña, pues no se debe pensar únicamente en la pequeña dádiva, el abuso al exigir prestaciones que no corresponden a quienes bien poco pueden pagar, o en la prevaricación cometida por un interés sentimental, sino también en el gran peculado, la prevaricación, la condescendencia criminosa y la violación de secretos en beneficio de grandes empresas. Es por ello que los tratados internacionales en materia de

corrupción funcionaria tienden cada vez más a exigir la imposición de efectivas penas de prisión para el *cohecho* tanto de funcionarios nacionales como extranjeros y otras figuras relativas al fenómeno de la “corrupción funcionaria”, que en una sociedad de mercado y globalizada, termina por afectar la libre concurrencia y, con ello, encarece los precios que al final pagan los consumidores por los productos o servicios favorecidos por un acto de corrupción.

Por lo tanto, la sustitución de penas privativas de libertad por prohibiciones para el ejercicio de un cargo, función o actividad pública, sólo parece ser pena “suficiente” únicamente en los casos de incumplimiento de deberes formales que afectan exclusivamente el buen funcionamiento de la administración. Para el resto de los delitos funcionarios, la pérdida del cargo que se contempla como efecto de la condena (Art. 92, I CP) permite cumplir con la función *incapacitadora* necesaria en esta clase de delitos. Pero, dado que el alejamiento temporal del cargo no es “suficiente” para la también necesaria *disuasión* de su comisión, la pena privativa de libertad impuesta no debería ser sustituida por una simple prohibición temporal.

En cuanto a la prohibición para el ejercicio de una profesión, actividad u oficio que dependen de una habilitación especial, licencia o autorización del poder público, según Regis Prado (*Curso*, p. 387), es aplicable

“não só àqueles que infringieren deveres próprios de profissão, atividade ou ofício sujeito a habilitação, licença ou autorização do poder público, mas predominantemente aos autores de delitos próprios, tais como o de maus-tratos (art. 136, CP), violação de segredo profissional (art. 154, CP), omissão de notificação de doença (art. 269, CP), falsidade de atestado médico (art. 302, CP), patrocínio infiel (art. 355, CP), dentre outros.”

Al respecto, cabe aquí repetir lo anterior: si se piensa en el abogado del pequeño pueblo que maltrata a su contradictor, en el médico rural que omite denunciar una enfermedad que debe ser denunciada, etc., parece razonable la sustitución propuesta por Regis Prado. Pero si pensamos en el valor del secreto que puede revelarse cuando se trata de importantes decisiones empresariales, o en el significado económico que, según la persona afectada, puede tener un falso atestado médico (ej: la variación del valor de las acciones de Apple, en relación a los partes médicos sobre la salud de Steve Jobs), las cosas ya empiezan a aparecérsenos diferentes. Si a ello le agregamos que la prohibición recae en la persona natural, no impidiéndole formar sociedades o empresas dentro del mismo giro (aunque no use su nombre propio, por la pérdida del prestigio a consecuencia de la condena), entonces el panorama es desalentador: estas prohibiciones no pueden cumplir con la función disuasiva que se espera de ellas, en cuanto penas sustitutivas.

2. Suspensión de la autorización o de la habilitación para conducir un vehículo

Dado el carácter “novedoso” de esta sanción, al menos en relación con las previstas en los códigos decimonónicos, se justifica mínimamente una digresión en torno a la *legitimidad* (y no ya a su eficacia y capacidad disuasiva) de su imposición, como pena sustitutiva de la prisión.

Al respecto, podemos señalar que, como criterio general, si se estima legítima en un Estado de Derecho la privación de libertad y todas sus consecuencias jurídicas y factuales anejas, la privación de derechos de igual o similar rango constitucional que el de la libertad ambulatoria, se puede considerar legítima siempre que se trate de derechos cuyo ejercicio suponga en una medida importante el de la libertad ambulatoria, pero cuya privación no importe una limitación significativa de ésta ni sea uno de los casos que la propia Constitución prohíbe (en España, por ejemplo, se prohíbe privar de la nacionalidad española y, en general, la imposición de toda pena que sea inhumana y degradante).

De este modo, a igual duración temporal, la pena privativa de otros derechos resultará siempre de menor gravedad que la pena de prisión, y por tanto, *legítima*, pues nunca importará una limitación significativa de la libertad ambulatoria, mientras la privación de éste suele conllevar, además, como consecuencia cuasi necesaria – no legal, sino factual – la privación o restricción de otros derechos.

Así, en el ámbito del derecho al trabajo, resultan *legítimas* las penas recién analizadas de privación temporal del derecho a ejercer cargos públicos, ciertas profesiones o determinados oficios, pues su libre ejercicio supone en una medida importante el disfrute de la libertad ambulatoria, pero su privación no importa la de ésta.

La misma *legitimidad* tiene, por tanto, en el ámbito mismo de la libertad personal, la privación temporal del derecho, habilitación o permiso para conducir vehículos motorizados, porque se trata de un derecho que supone para su ejercicio disfrutar de libertad ambulatoria, pero cuya privación no importa una limitación absoluta de la misma.

Sin embargo, entiendo que en Brasil se ha sostenido en la doctrina la constitucionalidad de esta sanción, aún en su carácter sustitutivo, en los casos en que sustituye a las de prisión, cuando son aplicadas al “*motorista profissional*”, que se procura de este modo la subsistencia propia y de su familia. Al respecto, creo que lleva razón Regis Prado (*Curso*, p. 388) cuando dice no estar convencido de estos argumentos, “puesto que también a pena privativa de liberdade obsta o normal desenvolvimento das atividades laborais do condenado”.

Según el citado Regis Prado, la situación legal aquí, por aplicación de las disposiciones del Código de Tránsito Brasileiro, supone únicamente la posibilidad de sustituir una pena privativa de libertad de hasta cuatro años, por la “perda da ‘autorização’”, únicamente “em se tratando de crime culposos de trânsito” (Art. 57, CP) que no tenga una sanción específica en el mencionado Código de Tránsito, cuyas disposiciones habrían supuesto, en los dos casos principales (homicidio y lesiones culposas), una derogación tácita del art. 47 III CP.

Si bien entiendo, la actual regulación del actual Código del Tránsito ha transformado el régimen de “sustitución” del CP brasileño por uno de “acumulación” de las sanciones privativas de libertad y restrictivas del derecho a dirigir vehículos motorizados en los casos antes mencionados.

Para los efectos de este análisis, este cambio de régimen es muy significativo, pues parece confirmar, en un caso de común ocurrencia, la hipótesis de que las penas privativas de derechos no se estiman, en muchos casos, suficientemente disuasivas respecto de las conductas que se pretende evitar.

En efecto, aunque el derogado régimen de sustitución del CP brasileño recoge a plenitud las ideas que antes yo expusiera hace ya unos 15 años, en torno a lo apropiado que resultaría imponer como pena principal o única (y, en todo caso, sustitutiva) la privación del derecho a conducir vehículos motorizados en casos de delitos de peligro o mero riesgo

cometidos durante la conducción, con o sin resultados lesivos para las personas o cosas (cuando éstos se producen culposamente); lo cierto es que esa afirmación parece propiamente un “exceso juvenil”, que no tomaba en cuenta factores importantísimos a considerar en la materia, como el hecho de que las conductas de conducción temeraria tienen una baja probabilidad de sanción efectiva, por lo que no es posible conminarlas con penas muy reducidas si realmente se quieren prevenir los accidentes de tránsito que, al menos en Chile, son una de las tres principales causas de muerte. A ello se agrega que la sola suspensión o privación de la autorización para conducir tiene, además, muchas posibilidades de ser violada y todavía menos de ser detectada y sancionada que las conductas peligrosas en el tráfico, por lo cual el análisis de riesgo indica que no se trata de una sanción suficientemente disuasiva, para esta clase de delitos.

Todo lo cual demuestra que, a veces, las intuiciones de nuestros legisladores parecen estar más cerca de la realidad que los discursos (a veces muy interesados, por lo demás), de quienes nos dedicamos al derecho penal sin conocer muchas veces las realidades que se están regulando.

¡Muchas Gracias por su atención!